

ドイツ監査役会の計画機能への参加

三 原 園 子

- 一 はじめに
- 二 会社の利益―単層制と二層制―
- 三 計画への参加―利益代表機関説対全社代表説―
- 四 結 び

一 はじめに

企業を取り巻く環境の変化は一層激しさを増している。

企業が悠長に長期的な利益を得ることを目標としている場合には、短期的な業績がおざなりになり、結局は長期の業績もふるわなくなってしまう、という矛盾した仮説さえ成り立ち得る。⁽¹⁾

ドイツ監査役会の計画機能への参加（三原）

ドイツにおいても、取締役の監督を行う監査役会は、変動の激しい状況下では、事後的な監督を行っている場合、監査役会がたとえ危険であると判断しても、その対処がたいていは手遅れになってしまふと指摘されている。⁽²⁾

そこで、ドイツにおいて、この監査役会の監督の不備を補うために強く提唱されているのが、事後の監督から戦略的な企業計画 (Unternehmensplanung) への転換、つまりアメリカで広く行われている事前の監督への転換であり、この場合には監査役会の監督機能は助言機能に近くなると指摘される。⁽³⁾

本稿では、企業計画に監査役会が関与することによる影響、とりわけドイツにおける従業員代表者の企業計画への参加によってどのような問題が生じ、どう解決すべきかについて理論的な側面から検討を加え、日本法への若干の示唆を得たいと考える。

- (1) Reinhart Schmidt, Financial Markets, Corporate Governance, and Short-Term Pressures in Germany, in: Istemi S. Demirag (ed.), Corporate Governance, Accountability, and Pressures to Perform-An International Study-, 1998, 297, 298.
- (2) Bleicher/Paul, Das amerikanische Board-Modell im Vergleich zur deutschen Vorstands-/ Aufsichtsratsverfassung-Stand und Entwicklungstendenzen, DBW46 (1986) 3, 263, 285.
- (3) Bleicher/Paul, aaO (Fn. 2).

二 会社の利益—単層制と二層制—

(1) 取締役の業務執行 取締役が会社を「指揮する」ことがどのような意味を持つかについては、各国に責任規定または取締役の責任追及事例が存在するものの、漠然とした注意義務規定が存在するだけであり、例えば、スベ

イン会社法第一二七条は、「取締役は善良なる管理者としての慎重さでかつ公正な代表者として業務を執行すべし」とする。⁽⁴⁾ 日本においても、取締役に⁽⁴⁾ついて漠然とした注意義務規定（商法第二五四条・民法第六四四条）が存在するのは、諸外国と同じである。

(2) 単層制　取締役は誰のために業務執行を行うかについて、さまざまな見解が存在する。多くの国では、取締役はあらゆる場合において「会社のため」に業務執行を行うものとされ、すなわち過半数の「株主のため」であると考えられている。⁽⁵⁾ しかも、株主総会の決定が会社の利益と相違する場合にも、何が「会社の利益」であるかを決定するのは、会社ではなく株主であるとされる。⁽⁶⁾

少数ではあるが、単層制をとる国の中にも、イギリスのように、「会社の利益」を損なわないかぎり、取締役は「株主の利益」と同様に「従業員の利益」も考慮して職務を遂行しなければならないとする国もある。⁽⁷⁾

(3) 選択的な二層制　フィンランド、フランスおよびオランダの小さい会社など、必ずしも共同決定制をとらなくてもよい企業では、二層制は選択制であり、ここでは、通常、監査役会は株主のために取締役を監査するとされている。⁽⁸⁾

例えば、オランダでは、共同決定制を採用していなくとも、監査役会は善良な管理者として行為し、会社の最善の利益のために行為しなければならない。通常、オランダでも、監査役会は株主のために取締役を監督し、⁽⁹⁾ 取締役は株主のために行うことが会社の最善の利益につながると解されている。

(4) 強制的な二層制　一方、共同決定制に基づく二層制が強制されるドイツにおいても、取締役は、「会社のために」業務執行を行わなければならない。しかし、株式法において、株主の利益は重要だが他の利益に優先される

ものではなく、従業員、債権者、全体の福祉までも含めた利益を考慮した上で、⁽¹⁰⁾ 長期的な株主の利益が考慮されている。⁽¹¹⁾ また、オーストリアの株式法も、取締役は、会社のために業務執行を行い、株主、従業員、そして全体の利益を考慮しなければならない、と定めている。⁽¹²⁾

- (4) Eddy Wymeersch, A Status Report on Corporate Governance Rules and Practices in Some Continental European States, in: K. J. Hopt et al. ed., *Comparative Corporate Governance*, 1998, 1045, 1078-79. スウェーデン、フランス、イギリスなどがあげられる。
- (5) Eddy Wymeersch, *ibid.*
- (6) Eddy Wymeersch, *id.* at 1080.
- (7) Eddy Wymeersch, *id.* at 1080-81. ただし、キャドベリー報告書では、「取締役は株主に対して責任を負う」と述べている。
- (8) Art. 140 e.d. NBW, Eddy Wymeersch, *supra* note (4) at 1134.
フランスの選択的な二層制については、鳥山恭一「フランス会社法とコーポレート・ガバナンス論—exception française?—」『比較会社法研究(奥島孝康先生還暦記念)』四八五頁以下(成文堂、一九九九年)に詳細な紹介がある。
- (9) Art. 146 NBW, Eddy Wymeersch, *supra* note (4) at 1135.
- (10) Eddy Wymeersch, *supra* note (4) at 1084.
- (11) *Ibid.*
- (12) § 70 (1) ÖAktG., *id.* at 1085.

三 計画への参加—利益代表機関説 対 全社代表説—

(1) 問題の所在 先に二でもその片鱗を垣間見たように、ドイツの監査役会においては、共同決定法 (Mitbes-

timminggesetz)のもとで、株主代表、従業員代表、労働組合代表の三つが議席を占めることが強制されることから、それぞれが自分たちの集団の利益代表になるという問題が生じていると指摘されてきた⁽¹³⁾。

(2)利益代表機関説—SteinmannとKlausの見解— この事態について、監査役会の構成員がそれぞれ、株主、従業員、労働者という自らが選出された集団の利益代表になるとする利益代表機関説に立つSteinmannとKlausは、監査役会の監督を企業家的な判断過程に広範に組み込むことは、会社の構造的な観点から不可能であり望ましくない⁽¹⁴⁾と見ている。

計画に参加する際には、監督機能が助言機能に近くなる。この助言と監督の役割をお互いに相容れないものと見て、SteinmannとKlausは⁽¹⁵⁾、次のように独自の見解を展開している。まず、SteinmannとKlausは、助言者の役割について、(一)経営者が有していないノウハウ(情報や専門知識)を持ち、かつ(二)より多くの時間を助言のためにあてること、をその要件としてあげている。

ここで彼らのいう「助言」は、株式法(AktG)第九〇条のもとで取締役が監査役会に対して行う報告への同意としての助言とは異なり、長期的な企業の発展に役立つ助言を念頭に置いている。彼らは、この株式法第九〇条の意味での助言を、取締役の行為の利益適合性の審査にかかわるものと見て、これを監査役会の監督機能に含めて考えている。

また、彼らは「助言」として、比較的小さな範囲の「専門的な助言」と、経験に関する「一般的助言」の二つがあると考え、経営者から助言者または助言を行う委員会への任務の委譲も範疇に含めている。彼らは、「助言」の役割を企業指揮の技術的な次元での問題と捉え、観念的次元には関係がないとしている。その一方で、利益の代表

権限を観念的次元のものと見做し、監査役会が利益代表機関として行為することを、「助言」機能としてではなく「監督」機能の中心であると捉えている。

さらに、彼らは、「助言」機能と「監督」機能が相違していることが重要であると考え、それぞれの機能を果たすべき監査役会の構成員の資格は相違しなければならない、と強調する。つまり、「助言」機関としての監査役会の構成員が専門的なノウハウを有していなければならないのに対して、「監督」機関としての監査役会の構成員は、利益権限を確実にするという観点で監督しなければならないとする。ここでの「監督」機能は、憲法の保障する資本と労働の利益に関する企業政策の方向づけと結びつく重要な役割であり、この「監督」機関の意味で監査役会を捉えた場合には、ドイツ監査役会のモデルはアメリカの Board システムよりずっと望ましいとする。また、「助言」機関としては取締役との協力的な体制が必要であるとしている。

つまり、Steinmann と Klaus は、監査役会の機能を「助言」機能と「監督」機能とに二分し、「助言」機能はノウハウを有する者ができるだけ「日常的に」担当するのが望ましいとする一方で、「監督」機能は憲法の保障するそれぞれの利益代表機関がお互いをチェックすることで果たすことができると考えているといえよう。また、「助言」機能を果たす者と「監督」機能を果たす者とが相違することを要求している。ここでは、専門性のある者による監査役会内部の委員会または、経営協議会 (Beirat) に「助言」機能を担当させる一方、株主代表、従業員代表、労働組合代表の各代表によって有効な「監督」を行うとしている。

(3) 連邦通常裁判所の見解⁽¹⁷⁾ 一九九一年三月二十五日、連邦通常裁判所は、監査役会の取締役に対する助言について、次のように初めて態度を表明したと言われている。

「株式会社第一一条第一項によれば、監査役会は、第一に取締役の業務執行を監督しなければならない。この監督は、すでに締結された事実関係のみならず、将来の業務政策の根本的な問題にも及ぶので、取締役の行う業務執行の適法性のみならず、合目的性および経済性も審査の対象となる。それ故、監督は、取締役との日常的な議論つまり日常的な助言によってのみ有効に行われ得ることから、助言は、将来指向の取締役に対する監督の中でも優先的な手段である。」

判決の記述からは、利益代表機関説に立つか否かについては明らかではないが、判決は、監査役会が取締役に対して行う「日常的な助言」を監督の中心的な機能と見做して肯定している。

しかしながら、判決は、「提供されるべき役務が特別な専門領域に関する場合は、おそらく監査役会の任務の範囲にない日常活動に関する問題であり、この種の特殊な職務に従事することは監査役員の任務ではない」⁽¹⁹⁾とも述べ、監査役会の機関義務としては、専門的知識を提供することまでを監督機能の中心である助言とは見做していない。加えて、判決は、この専門的知識を提供する場合について、株式会社一四条第一項⁽²⁰⁾に基づいて、監査役員と会社との間で、監査役会の同意をもって、「監査役会内の活動の他に」より高度な活動を行う義務を負うための「契約」が締結される必要があるとする。また、そのような契約が締結されることなしに、通常の監督の範囲内での「専門的な助言」を行う監査役会員の報酬が、専門的知識を要するという理由で増額されることは、株式会社第一一三条⁽²¹⁾に反して認められないとしている。

以上から、判決の内容を要約すると、判決は、まず第一に、先に見たSteinmannとKlausと同様、「日常的な助言」を監督機能に含まれると見做しているが、SteinmannとKlausの見解とは違って、「専門的な助言」を通常

の監督機能から除外している。その一方で、SteinmannとKlausの命名した「一般的な助言」を「日常的な助言」として監査役会の監督機能の中に含んでいると解釈される。しかし、「専門的な助言」つまり高度の知識を要する助言を行う余地は残しており、このような特別な契約を締結することを要するとしている。ただし、このような契約のない監査役会の行う通常の監督については、助言の程度によって報酬額の多寡が影響を受けることは、株式法第一一三条を根拠として認められない、という立場をとっている。

(4)利益代表機関説—HoffmannとKirchhoffの見解— HoffmannとKirchhoffは、監査役会の機関義務としての助言機能を肯定しながらも、⁽²²⁾先に見たSteinmannとKlausや連邦通常裁判所の立場とは異なり、取締役に對する「日常的な助言」を監査役会の助言機能から除外する。彼らは、SteinmannとKlausとは異なり、監査役会の取締役に對する助言は、株式法第九〇条第二項⁽²³⁾に規定されている取締役の監査役会に對する報告の際に行われべきであると主張する。⁽²⁴⁾

(5)利益代表機関説—BleicherとPaulの見解—⁽²⁵⁾一方、BleicherとPaulは、監査役会を株主代表という資本側と従業員代表（および労働組合代表）という労働側の、相對する領域内における特別の利益の代表機関と捉える場合には、監査役会が計画に参加することによって早期に計画が公になることが、とりわけ人事政策的もしくは専門的措施に對する妨害になるか、または次善策による妥協的な解決に陥らせる危険性を高くするなど、望ましくはずの助言がかえって害を引き起すだろうと主張し、⁽²⁶⁾先のSteinmannとKlausとは異なり、監査役会を計画に組み込むことは問題であると見ている。

そこで、このような状況打開の策として、BleicherとPaulは、Sounding Boardsの意味で助言活動を行う「経

営協議会 (Beirat)⁽²⁷⁾」の設置を提案する。⁽²⁸⁾

彼らは、このような経営協議会の構成員は、利益集団の云うことを聞くことなく、もっぱら専門的な権限に基づいて選ばれるべきであると主張し、経営協議会の役割が重要になることによって、監査役会の無気力化に対抗できると推測する。アメリカの執行委員会 (Executive Committees) と類似の役割を有すると位置付けられるこの経営協議会の活動の透明性を確保するために、監査役員が、期限付きで交替させるべく経営協議会の構成員を任命することを提案している。

(6) 全社代表説—Semler の見解— Semler⁽²⁹⁾は、監査役会の行う監督は株式法第一一条に明示されている、としながらも、監督の内容について、法的適合性、目的適合性、経済性⁽³⁰⁾の他に「秩序適合性」を含めて広く解釈している。⁽³¹⁾この秩序適合性を審査するには、企業の計画に監査役会が関わることになる。⁽³²⁾

Semler は、このような助言を「監督の範囲内の助言」と称して、それ以外の「監督の範囲外の助言」との二つに区別する。その上で、「監督の範囲内の助言」については、取締役の裁量権の逸脱が見られる場合、監査役会は常に助言を行って取締役の見解を修正する義務を負うとする一方で、取締役の裁量権の逸脱は見られないが取締役と監査役会の見解が相違する場合には、このような修正義務は生じないとする。他方、「監督の範囲外の助言」を行うのも行わないのも監査役会の任意であり、たとえ監査役会がこのような「監督の範囲外の助言」を行った結果、会社に損害が発生したとしても、株式法第九三条第一項の取締役の責任規定を監査役会に準用する株式法第一一六条上の誠実な業務執行者の注意を怠ったことによる損害賠償責任を負うことはないとしている。

(31) Vgl. Claussen, Abgestufte Überwachungspflicht des Aufsichtsrats?, AG 1984, 20f.

- (14) Steinmann/ Klaus, Zur Rolle des Aufsichtsrats als Kontrollorgan, AG 1987, 29, 31.
 - (15) Steinmann/ Klaus, supra note (14) at 30ff.
 - (16) 一九七六年共同決定法に於ての一九七九年三月一日の西ドイツ連邦憲法裁判所の判決 (Urt. vom 1. März 1979 (BVerfGE 50, 290-381) = NJW 1979, 699-711) の中で、とりわけ本稿に關係するものは、監査役会が株主代表と従業員代表 (労働組合代表を含む) の同数のメンバーによって構成される旨の規定 (第七條第一項) や、監査役会における投票で、監査役会会長を株主代表側が選出し (第二七條)、賛否同数の場合には監査役会会長が二票目を投する權利を有する規定 (第二九條) が、憲法の保障する所有權の保障 (基本法第一四條第一項) および結社の自由 (同九條第一項) に反するか否かであった。(この判決については、正井章作・共同決定法と会社法の交錯 (成文堂、一九九〇年) 七九-九九頁に詳細な紹介があり、参照させていただいた。)
 - 判決では、まず、憲法の保障する所有權の保障に関連して、監査役会会長選出や議決權についての株主側のわずかの優位を、株主の持分所有權が、物に対する所有權とは違って、労働者の基本權の領域に関わるが故に、社会的機能を持つてることから、制約が加えられてもおかしくないとされた (正井・前掲書八七、九七頁)。また、結社の自由との關係で、共同決定法によって、従業員代表者の中に、労働組合の代表者が二名または三名入ることについて、判決は、大企業においては人的要素の重要性が失われているので、結社の自由と抵触しないとす。判決は、このことが、かえってより社外性を確保することになり、ひいては企業エコイズムを減少させることに資するとしている (正井・前掲書九〇頁)。
 - (17) BGH, Urt. v. 25. März 1991, BGHZ 114, 127 = NJW 1991, 1830 = AG 1991, 312.
 - (18) BGHZ 114, 130.
 - (19) BGHZ 114, 135.
 - (20) 株式法一一四條第一項 監査役員が監査役会での自己の活動の他に、雇用關係の基礎とはならない任用契約、または、会社に対する請負契約によって、より高度な活動を行う義務を負う場合には、その契約の効力は監査役会の同意に左右される。
 - (21) 株式法一一三條第一項第二文 監査役員の報酬は定款でこれを定めるかまたは大株主總會で承認することが出来る。
 - (22) Hoffmann/ Kirchhoff, Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern, WPg. 1991, 592, 594ff.
 - (23) 株式法第九〇條 監査役会への報告
- 第一項 取締役は監査役会に以下のことについて報告しなければならない

第一号 意図された取引政策およびその他の根本的な将来の業務執行の問題

(第一号は、一九九八年改正により、次のように変更された。)

(第一号 意図された取引政策およびその他の企業計画(とりわけ、財務、投資、および人事計画)の根本的な問題)

第二号 会社の収益力、とりわけ自己資本利益率

第三号 取引の遂行、とりわけ売上高および会社の状況

第四号 会社の収益力または支払能力について特に重要となりうる取引

さらに、その他の重要な事由で監査役会会長は報告を受けなければならない。すなわちコンツェルン内で会社の状況に重要な影響を及ぼすおそれのある取引の経過を取締役が知っている場合には、重要な事由と見做される。

第二項 第一項第一号乃至第四号による報告は、以下のように行われなければならない。

第一号 第一号による報告は、状況の変化または新規の問題が即時の報告を要する場合を除いて最低年一回

第二号 第二号による報告は年次決算について審理する監査役会の席上で

第三号 第三号による報告は通常三ヵ月に一回

第四号 第四号による報告は監査役会が取引を行う前に当該取引についての態度を決定する機会を有するよう出来るかぎり

時宜に応じて

(24) Hofmann/Kirchhoff, aO (Fn. 22), S. 555. 監査役会が取締役に代わって業務執行を行うことができない以上、複雑な問題については当然の成り行きとして取締役との間で検討が必要となり、監査役会と取締役の間で行われるこの意見の交換が監査役会の取締役に對する助言と解なれよう。Vgl. Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 2 Aufl., 1984, S. 6.

(25) Bleicher/Paul, aO (Fn. 2), S. 285.

(26) 監査役会が取締役に對する助言を行うことを肯定した連邦通常裁判所の一九九一年判決に對して、Theisen は、判決の監督機能と追加的に契約で合意され得る助言機能とを区分しようとする試みが、組織的機能的考察から納得できず、むしろ、組織内ならびに従業員間での助言と監督の相違から、経済監査士規則第四九条および商法典第三一九条第二項第五号を類推して、監査役会による取締役に對する助言を禁止することが必要であるとする。Theisen, DB1991, 121f. どのような監査役会の、監督者から取締役に對する共同業務執行者への機能の変化は、株式法第一二一条第四項第二文上の任務を考慮すると、機能的にも人的にも利益に関しても、

ドイツ監査役会の計画機能への参加(三原)

嚴格に排除されなければならない」と述べている。Theisen, M. R., Die Überwachung der Unternehmensführung-Betriebswirtschaftliche Ansätze zur Entwicklung erster Grundsätze ordnungsmäßiger Überwachung, 1987, S. 351-354.

(参照条文)

・経済監査士規則第四九条 活動の拒絶

経済監査士は、義務違反の行為になるような場合または委任を遂行する際に不公正が生じるおそれがある場合には、自己の活動を拒絶しなければならない。

・商法典第三一九条 決算検査役の選任

第二項 経済監査士または宣誓した帳簿監査士は、自己または自己とともに職務を遂行する者が以下の条件に該当する場合には、決算検査役となることができなす。

第五号 資本金社の調査されるべき年末決算の会計帳簿または一覽表の作成に際し、会計監査活動を越えて協力した場合
・株式法第一一一条第四項第二文 定款または監査役会は一定の行為が監査役会の同意をもってのみ行われると定めることができる。

(27) 経営協議会 (Beirat) は、法律に規定のない助言機関であり、実務では、銀行および保険会社において見られる。実際には、Beirat と Aktionärsausschuss (株主委員会) またはこれと類似の名称が用いられており、株主の調整機関として、取締役との間で情報交換を行ったり、取締役に助言を与える機関である。Hoffmann-Becking, Münch Hdb. GesR Bd. 4, 1999, § 29 Rdn. 18; Vgl. LG Köln AG 1976, 329 m. Bestr. Hommelhoff/ Timm, AG 1976, 330 und Lippert Jus 1978, 90.

(28) Bleicher/Paul, aao (Fn. 2), S. 285.

(29) Senler, Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, 1980, S. 95f.

(30) 諸君のころの事例・問題集の6111の2を参考せよ。Vgl., RGZ 207, 332, 336; Gebler, Komm. AktG, § 111 Rdn. 27; Baumbach-Hueck, Komm. AktG, § 111 Anm. 5.

(31) 同前: Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats (1993), Rdn. 23, 26, 25, 24.

(32) Lutter/Krieger, aao (Fn. 31), Rdn. 24.

四 結 び

以上を総括した上で、若干の私見を述べて結びとしたい。

(1) 会社の利益　まず、会社の利益といった場合に、これが株主の利益を意味するのが一般的な会社法の傾向であり、これに対してドイツでは、会社の利益には、株主、従業員、債権者、労働者などのステークホルダーの利益が広く含まれると解されている。ドイツにおけるこの状況は、監査役会の中の共同決定法にもとづく利益代表機関の対立に関係していると思われる。ここでは、「会社は誰のものか」についての見解が形式的に異なっている。

この点について、日本の商法には今のところ、会社の利益が株主の利益であるか広くステークホルダーの利益を含むか、について明確な規定が存在しない。ただ、自民党やコーポレート・ガバナンス原則策定委員会の提案の中では、会社の利益が株主の利益であることをともに確認した。³³⁾ 日本では、ドイツのような状況が見られないことから、これをステークホルダーの利益とすることは相当の抵抗があろうと思われる。しかしながら、たしかに長期の視点で悠長な政策を講じることがかえって短期的な利益および長期的な利益までも損なうことを認めるとしても、「本来の株主」つまり会社の株を短期に売り抜けするのではなく長期的に所有する株主、の利益を最大化するためには、結局は従業員を大切にし、顧客を満足させ、債権者などのステークホルダーの利益を図る必要がある。まず、従業員をはじめとするステークホルダーを公正に扱うことが会社の長期的な利益の最大化につながり、これが、結局は株主の利益になると考えられる。³⁴⁾ したがって、会社はだれのものか、という問いに対する、株主の

もの、または、ステークホルダー全体のもの、といういずれかの答えを選択することは、形式的な問題であり、最終的なリスク負担者を指し示すものではあっても、実質的にはどの国でも、会社の利益は何か、という問いに対する答えはほぼ同じになろうと考えられる。

(2) 観念的側面 次に、ドイツの監査役会について、通説・判例は、監査役会の中の、株主代表、従業員代表、労働組合代表が、全社的観点からではなく、それぞれの利益代表機関として行動することを認める。

この点について、企業経営の透明性を図るために、日本でも、企業と直接利害関係がなく、他のステークホルダーから独立した社外取締役が、取締役会の過半数を占めるのが望ましい、と提唱された⁽³⁵⁾。しかし、このように経営者から独立した「独立取締役」は、実際には「株主からも独立」⁽³⁶⁾しており、取締役の業務執行に対する厳格な監督を期待するならば、「独立取締役」に純粹に株主の視点に立つようなインセンティブを与えなければならない、と指摘されている⁽³⁷⁾。

これに対して、先に見たように、観念的な側面からは、ドイツの監査役会における株主代表は、明確に株主の利益を代表するものであり、従業員代表や労働組合代表との衝突は見られるものの、市場に代わって互いにチェックする機関として機能することで、むしろ公正性を確認するために有効であると考えられる。

(3) 技術的側面—その1— さらに、ドイツの監査役会が取締役に対して行う「監督」と「助言」機能の相違については、利益代表機関説に立つ論者は、助言を監督の範疇に含めて考えてはいるものの、取締役の行う企業計画に直接関わる助言を対象としてはいいようである。ここでは、その理由として、企業の計画段階にそれぞれの利益代表機関が参画することで経営の効率性が損なわれることがあげられよう。日常的な助言を含めている論者も、

取締役の行った行為が妥当であつたか否かについての判断を対象とするのであって、取締役がこれから行う行為の妥当性を評価するものではないとしている。これとは反対に、一九九一年の判例および全社代表説に立つ論者は、取締役がこれから行う行為の妥当性の評価、つまり企業計画に関わる助言をも監査役会の監督機能に含めているといえよう。これに関して、一九九八年の改正株式会社法第九〇条では、取締役は監査役会に対して、少なくとも年一回、財務、投資、人事などの根本的な企業計画について、報告しなければならぬものとされ、従来、漠然と、将来の業務執行についての報告とされていたものが、明確になっている。

日本においても、違法性監査論と妥当性監査論が対峙するが、取締役の職務執行の妥当性一般について監査役会が監査を行うという考え方を採ったのでは、会社運営の迅速性・一貫性を害するおそれ大きいという指摘がある。⁽³⁸⁾ もっとも、現行法は「著しく不当な」事項、つまり「誰が見ても不当な」事項を指摘することを監査役会の職務とすると解しているが、このことから直ちにそれ以外の不当な事項について指摘してはならないという結論が導きだされるわけではない。ただ、これが計画機能に関係するか否かは必ずしも明らかではない。

日本の商法では、取締役会が取締役を「監督」する（商法第二六〇条第一項）のに対して、監査役は取締役の職務の執行を「監査」することになっている（商法第二七四条第一項）。この「監査」機能と「監督」機能の違いについて、ドイツの学説を基に考えると、計画機能も含む、つまり取締役がこれから行う行為の妥当性をも評価するのが「監督」であり、既に行った行為を評価するのが監査であると考えこともできよう。そうすると、監査役の取締役に対する「監査」は、日本の現行商法上は、たとえ「日常的な監査」を行うことになるとしても、それは取締役が既に行ったことの妥当性を調べることに解釈され得よう。

(4) 技術的側面―その2― また、ドイツにおいて、利益代表機関説に立つ若干の論者および判例は、監査役会が取締役に対して「日常的な助言」を行うことを認めつつも、専門的なノウハウを要する助言については、監査役会の機関義務には含まれず、「専門的な助言」について、監査役員と会社との間での報酬を含めた特別の契約が必要であるとしている。これに対して、全社代表説に立つ論者は、どのような助言を行った場合でも、監査役員は特別の報酬を得ることもなければ、それについての責任も負わないとして、「専門的な助言」を行うことも監査役会の機関義務であると捉えている。

この点に関して、日本では、監査役会の構成員がそれぞれの集団を代表するという形態を制度上とっていないので、ドイツとは状況を若干異にするが、監査役会の監督機関としての側面と助言機関としての側面の双方を活用する意味では検討の余地があると思われる。

以上、ドイツの監査役会についての考察は、これからの日本の監査役会の改革を考える上で何らかの手がかりになろうと考える。

(33) 自由民主党商法部会・商法に関する小委員会「コーポレート・ガバナンスに関する商法等改正試案骨子（一九九七年九月八日）」商事一四六八号二七頁以下（一九九八年）、別冊商事二二二号六三頁原則1（一九九八年）。および、コーポレート・ガヴァナンス原則策定委員会「コーポレート・ガヴァナンス原則―新しい日本型企業統治を考える―（最終報告）一九九八年五月二六日」監査四〇二号三七―四九頁（一九九八年）、別冊商事二二二号巻末一、五頁第一章前文【1―2】（一九九八年）。

(34) 同旨、Eddy Wymeersch, *supra* note (4) at 1080.

(35) コーポレート・ガヴァナンス原則策定委員会・前掲注(33)【原則5A】および【原則8B】。

(36) 片木晴彦「監査役制度の行方（二・完）」民商二二〇巻三号四一四、四二七頁（一九九九年）。

(37) 片木・前掲注(36)四二七頁。胥鵬「株主、取締役および監査役の誘因(インセンティブ)」『会社法の経済学』八〇頁(東京大学出版会、一九九八)。

(38) 竹内昭夫・上柳克郎、鴻常夫、竹内昭夫編著・新版注釈会社法6(平成四年)§274・6 四四五頁。

(39) 竹内・前掲注(38)四四六頁。